

FLÁVIO ROBERTO BATISTA

**BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE NO
REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social, sob a orientação do Professor Associado Marcus Orione Gonçalves Correia.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – 2008

CAPÍTULO 3 – O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

3.1. Os requisitos para a concessão dos benefícios previdenciários

O Direito Previdenciário, assim como todos os demais campos do conhecimento jurídico, há de ter alguma razão para merecer um estudo específico, separado dos demais. Ainda assim, por outro lado, deve preencher os requisitos mínimos que autorizem o operador a considerá-lo parte do direito, e não de outros sistemas de regras prescritivas, como a moral, por exemplo.

O ponto comum entre o Direito Previdenciário e os demais é de fácil apreensão: seu critério de juridicidade é o mesmo. Com efeito, todas as normas jurídicas são assim consideradas, no Brasil, na medida em que integrantes de um ordenamento jurídico produzido com base nos ditames da Constituição Federal ou por esta recepcionado. O tema já foi objeto do segundo capítulo do trabalho e não convém retomá-lo no presente momento, porque não é ele que nos preocupa por ora.

A diferença específica do Direito Previdenciário repousa, a nosso ver, em duas características. A primeira delas, que também foi objeto do segundo capítulo, refere-se a um modo peculiar de tratamento das normas jurídicas que compõem o subsistema previdenciário. Assim, como se viu ali, a posição conceitual do Direito Previdenciário, somada aos diferentes princípios que o regem, sugere uma interpretação própria, que, embora afinada com outros campos do direito, reunidos ao Direito Previdenciário no que se convencionou chamar de “direitos sociais”, destoa de outros, como, à guisa de exemplo, o direito contratual.

A segunda característica constitutiva da diferença específica do Direito Previdenciário será objeto do presente capítulo. Trata-se do especial modo de funcionamento das regras legais deste ramo do direito. Note-se que, aqui, não se busca uma forma especial de interpretação destinada a encontrar a regra que, no caso concreto, dá maior efetividade e força normativa aos princípios constitucionais regentes da matéria. Esse é o objeto da primeira característica acima aludida. A preocupação, nesse segundo momento, é a construção de um arquétipo, um modelo genérico de funcionamento do

Direito Previdenciário que será posto em operação depois que, no momento anterior, for encontrada a regra aplicável ao caso.

Não há qualquer novidade no que se disse aqui. Cada campo do direito possui uma específica forma de atuação de suas regras. Exemplificativamente, podemos lembrar o Direito Tributário e o esquema interpretativo desenvolvido por Paulo de Barros Carvalho, conhecido como regra-matriz de incidência; ou o Direito Contratual, notável por ser constituído quase que exclusivamente de regras de caráter supletivo, imediatamente afastadas quando se mostra clara a vontade dos contratantes em sentido contrário; ou, por fim, o Direito Penal, consistente na descrição de condutas e na atribuição de penas.

Nesse sentido, buscaremos pistas para a elucidação desse esquema específico de funcionamento no artigo 201 da Constituição Federal, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, o dispositivo nuclear para a leitura do Direito Previdenciário brasileiro:

Art. 201. A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.¹⁶⁸

O dispositivo transcrito fornece três características fundamentais do Direito Previdenciário brasileiro. Em primeiro lugar, trata-se de um regime geral de filiação obrigatória, o que significa que, no geral, fica excluído o elemento vontade na participação ou não de um indivíduo no sistema previdenciário.

Depois, o regime tem caráter contributivo e deve ser organizado de maneira a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, o que significa que, ao contrário do que ocorre com a assistência social, que necessariamente possui um caráter de investimento estatal na

¹⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigo 201.

área social, na Previdência Social devem ser estabelecidas formas de equilibrar os gastos do sistema com o seu custeio.

A questão atuarial foi inserida na Constituição por meio da EC nº 20/98, e deve ser lida à luz de outros dispositivos constitucionais que não se encontram no artigo 201, em sua nova redação. Trata-se, primordialmente, dos artigos 3º, I, e 195 da Constituição, nos quais se fundamenta o princípio da solidariedade, idéia constitutiva de qualquer sistema de Previdência Social.

Com efeito, para que houvesse um perfeito equilíbrio financeiro e atuarial nas contas da Previdência Social, seria imperativa a adoção do sistema de capitalização, para que cada segurado recebesse benefícios oriundos das reservas que constituiu ao longo da vida de trabalho. É fácil notar que tal possibilidade é completamente disparatada, posto que transformaria o Estado em um grande banco privado. Não foi isso, portanto, que pretendeu o constituinte ao instituir um sistema contributivo equilibrado, mormente porque se trata de um sistema de repartição simples, isto é, em que os recursos que nele ingressam são imediatamente utilizados para o pagamento dos benefícios em manutenção.

É nesse contexto que se revela o papel fundamental da solidariedade na Previdência Social, tanto no custeio, como é reconhecido à unanimidade pela doutrina, quanto na concessão de benefícios, idéia inovadora defendida por Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia¹⁶⁹. O sistema jamais poderá atingir o devido equilíbrio se a forma de custeio não for solidária, isto é, se não for mantida a indispensável solidariedade entre as gerações, já que, adotado o sistema de repartição simples, são os ingressos financeiros atuais que pagam os benefícios de quem contribuiu no passado, e a solidariedade dentro da própria geração, já que toda a sociedade é chamada a financiar a Previdência Social independentemente de ser beneficiário dela ou não.

Por fim, o artigo 201 revela que a Previdência Social é organizada em torno de contingências que desencadeiam o surgimento de necessidades sociais, as quais devem ser atendidas pelo sistema previdenciário. As contingências estão enumeradas nos cinco incisos do dispositivo.

Ao organizar os benefícios da Previdência Social por meio da Lei nº 8.213/91, o legislador esteve atento às três características aludidas, associando a cada uma delas um requisito cujo preenchimento é necessário à concessão dos benefícios previdenciários.

¹⁶⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da Seguridade Social**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 101.

Assim sendo, o arquétipo do funcionamento do Direito Previdenciário consiste na verificação do implemento de três requisitos para a constatação da existência do direito ao benefício.

Sendo o sistema contributivo e de filiação obrigatória, o primeiro requisito a ser aferido é a qualidade de segurado. O equilíbrio financeiro e atuarial a que o sistema está sujeito, por sua vez, determina a necessidade de averiguar o implemento da carência, quando a solidariedade na concessão dos benefícios não sugerir solução diversa, como se verá adiante. Por fim, a organização do sistema de previdência em torno de contingências exige a ocorrência da contingência específica para a concessão do benefício.

É evidente que há exceções à necessidade de presença concomitante dos três requisitos, as quais serão apreciadas nos momentos devidos. O importante a ser destacado aqui é que o funcionamento do Direito Previdenciário gira em torno desses três requisitos, até porque, mesmo nos casos em que houver exceções à necessidade de presença dos requisitos, o aplicador deverá averiguar a efetiva ocorrência de um caso de exceção, ou seja, haverá preocupação com o requisito ainda que o mesmo seja excepcionalmente dispensado no caso concreto.

Analisemos, pois, as regras atinentes a cada um dos requisitos acima aludidos.

3.1.1. A qualidade de segurado

A concessão de benefícios do Regime Geral de Previdência Social exige a filiação prévia do segurado ao sistema¹⁷⁰. A regra da necessidade de filiação prévia decorre do artigo 10 da Lei nº 8.213/91:

Art. 10. Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes, nos termos das Seções I e II deste capítulo.¹⁷¹

Os segurados dividem-se em obrigatórios e facultativos. Segurados obrigatórios são aqueles que exercem atividade laboral abrangida obrigatoriamente pelo regime, enquanto

¹⁷⁰ Embora conscientes da questão da existência dos dependentes no Regime Geral de Previdência Social, não nos ocuparemos de tal figura, já que estamos preocupados exclusivamente com os benefícios por incapacidade, os quais, por definição, são atribuídos somente aos segurados e não aos seus dependentes.

¹⁷¹ BRASIL. Lei nº 8.213, 1991, artigo 10.

os facultativos são aqueles que, voluntariamente e independentemente do exercício de qualquer das atividades laborativas previstas como de filiação obrigatória, resolvem contribuir para o regime, beneficiando-se de sua cobertura.

A existência de atividades abrangidas obrigatoriamente pelo regime decorre do próprio *caput* do artigo 201 da Constituição Federal, já examinado acima. As espécies de segurados obrigatórios estão previstas no artigo 11 da Lei nº 8.213/91: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial. Essa classificação legal dos segurados obrigatórios vige desde a edição da Lei nº 9.876/99, já que, anteriormente à sua edição, a categoria dos contribuintes individuais era dividida em *empresários, trabalhadores autônomos e equiparados aos trabalhadores autônomos*.

Não analisaremos detalhadamente as diversas nuances previstas pela lei para cada uma das classes de segurados, já que estão literalmente explicitadas no dispositivo acima mencionado e sua mera leitura será suficiente à elucidação. Convém, unicamente, debruçar-se um pouco sobre a categoria dos segurados especiais, já que a lei prevê algumas regras diferentes para esta categoria de segurados, que têm provocado algumas disputas judiciais sobre as quais será útil firmar posição.

Os segurados especiais são, segundo o inciso VII do mencionado artigo 11,

o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.¹⁷²

A disposição é complementada pelo parágrafo único do mesmo artigo, segundo o qual se entende

como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados.¹⁷³

¹⁷² BRASIL. Lei nº 8.213 cit., artigo 11.

¹⁷³ Idem.

Existe uma discussão acerca do significado da expressão “sem a utilização de empregados”, já que a Constituição Federal, em seu artigo 195, § 8º, adota a redação “sem a utilização de empregados permanentes”. Diante de tal dispositivo, há duas possibilidades de interpretação: ou a vedação ao emprego de pessoas estranhas ao grupo familiar deve ser considerada absoluta, ou a Constituição Federal deve prevalecer sobre a lei para que seja permitido o auxílio eventual de empregados nos momentos de grande aumento da demanda de trabalho, sem que com isso se descaracterize a condição de segurado especial.¹⁷⁴. Adotamos, quanto a esse ponto, a segunda possibilidade.

A peculiaridade do segurado especial é que, embora o mesmo seja segurado obrigatório do regime, sua contribuição para o mesmo, na forma da Lei nº 8.212/91, é facultativa. Com efeito, conforme dispõe o artigo 39 da Lei nº 8.213/91, caso o segurado especial faça a opção por contribuir voluntariamente para o regime, o mesmo estará sujeito às mesmas regras aplicáveis aos demais segurados, possuindo, assim, direito a todos os benefícios previstos em lei, calculados segundo a mesma forma aplicável a todos os demais benefícios, a qual será analisada logo abaixo.

Por outro lado, caso o segurado opte por não efetuar os recolhimentos, terá direito somente a alguns benefícios – aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-reclusão, pensão e salário-maternidade –, sempre no valor de um salário mínimo, desde que comprove o exercício da atividade rural por período de tempo igual ao tempo de carência exigido para as demais espécies de segurados.

A despeito da multiplicidade de regras e detalhes, a filiação inicial do segurado no sistema não gera muitos problemas interpretativos, tratando-se as controvérsias, no mais das vezes, de matéria de prova, mormente nos casos de segurados especiais que não contribuem voluntariamente para o sistema.

A outra face da questão é o tempo pelo qual se mantém a qualidade de segurado do sujeito depois de se filiar ao regime.

Evidentemente, enquanto persistem as contribuições ou a atividade, no caso do segurado especial, mantém-se a qualidade de segurado. Se, entretanto, por qualquer

¹⁷⁴ Houve, inclusive, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal por parte do Procurador Geral da República – ADI 3681, pleiteando a interpretação conforme à Constituição do dispositivo comentado, para que se fixasse como constitucional apenas a posição aqui defendida. A ação, até hoje, não foi levada a julgamento. Para maiores detalhes, confira-se BATISTA, Flávio Roberto; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.681/DF: o segurado especial e a interpretação conforme a Constituição da expressão “sem a utilização de empregados”. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo: IOB Thompson, ano 7, nº 211, janeiro de 2007, pp. 72-82.

motivo, deixa o segurado de efetuar as contribuições ou desenvolver sua atividade, aplica-se o disposto no artigo 15 da Lei nº 8.213/91.¹⁷⁵

O artigo em comento evoca duas ordens de discussões na jurisprudência. A primeira delas diz respeito à disposição do § 2º. A regra prevista nesse dispositivo limita a forma de comprovação do desemprego para fins de extensão da qualidade de segurado, determinando que o segurado que fique desempregado, para fazer prova de tal condição, deve assim registrar-se perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

Ora, é constatação da realidade fática que ninguém adota este tipo de medida, o que acaba por gerar diversos problemas administrativos e judiciais. A nosso ver, trata-se de disposição inaceitável no ordenamento jurídico brasileiro, que pode, quando muito, vincular os servidores do INSS encarregados de aferir a manutenção da qualidade de segurado do postulante do benefício. Não pode o Poder Judiciário, em hipótese alguma, limitar-se a obedecer à disposição que consagra figura de prova tarifada, em flagrante oposição ao princípio do livre convencimento motivado, que ilumina todo o sistema processual.

Assim, entendemos que o segurado pode, ao menos em juízo, valer-se de qualquer meio de prova que esteja a sua disposição para demonstrar sua situação de desemprego, sem a necessidade de vincular-se ao único meio de prova estabelecido pela lei. Felizmente, a jurisprudência de uma maneira geral, vem seguindo o mesmo entendimento, consubstanciado no lapidar excerto que segue:

¹⁷⁵ Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º. O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º. Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º. Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º. A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

Embora a legislação previdenciária exija, para que seja ampliado o período de graça, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que seja o segurado-desempregado inscrito em cadastro no Ministério do Trabalho e da Previdência Social, há de se entender que as disposições presentes na legislação específica de algum benefício dirigem-se à autoridade administrativa e nunca ao Poder Judiciário. Em matéria de valor das provas, prepondera o sistema da persuasão racional do magistrado, ínsito no art. 131 do CPC, só podendo sofrer exceções que estejam previstas na lei. Desde que o juiz atenda aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos (*quod non est in actis non est in mundo*) e indique os motivos que lhe formaram o convencimento, a sua liberdade na valorização da prova não pode ser coarctada.¹⁷⁶

Ainda sobre o mesmo tema, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência fixou seu entendimento de que são admissíveis quaisquer meios de prova para demonstrar a condição de desemprego, por meio da Súmula nº 27.

Outra questão problemática relativa ao artigo em questão é a da forma de cálculo do período de extensão da qualidade de segurado prevista no § 4º do artigo 15 da Lei nº 8.213/91. Quando a lei estabelece que a qualidade de segurado será perdida no dia seguinte ao do término do prazo fixado para o pagamento da contribuição relativa ao mês imediatamente posterior ao do fim dos prazos fixados no artigo, acaba por aumentar em um mês e meio os prazos que ela própria estabeleceu.

A medida, além de louvável, por ampliar a proteção social, atende aos ditames lógicos da própria forma de manutenção da qualidade de segurado eleita pela lei. O raciocínio é bastante sutil. Se a lei estabelece, por exemplo, um prazo de doze meses para a manutenção da qualidade de segurado independentemente de contribuições, é evidente que sua vontade é proteger o segurado até o final do décimo segundo mês em que o segurado não contribua. Para verificar-se a perda da qualidade de segurado, assim, o mesmo deve deixar de recolher a contribuição do décimo terceiro mês. Ora, a contribuição referente ao décimo terceiro mês deve ser recolhida no mês seguinte, o décimo quarto mês, portanto. O prazo para o recolhimento é fixado pela Lei nº 8.212/91, que trata do custeio da Previdência Social, em seu artigo 30, II, no dia quinze do mês seguinte ao da competência para o recolhimento da contribuição em questão.

¹⁷⁶ BRASIL. TRF da 1ª Região, Primeira Turma, Processo nº 199938000183032, DO de 16.06.2003. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em 22 de julho de 2008.

Diante do exposto, mesmo se não houvesse a previsão ora comentada, a lógica das coisas implicaria a manutenção da qualidade de segurado até o dia dezesseis do mês seguinte ao término do prazo, diante da impossibilidade de aferição da ausência de contribuição antes disso. É salutar, entretanto, que exista norma expressa a respeito, principalmente levando-se em consideração que, mesmo com a existência da norma, muitas vezes o INSS indefere benefícios por falta de aplicação do aludido § 4º.

Por fim, registramos nossa discordância com o uso da expressão “período de graça”, que se tornou comum para designar o período em que o segurado mantém tal qualidade independentemente de contribuição para o sistema. A expressão, de cunho nitidamente pejorativo, dá a entender que os segurados permanecem no sistema sem contribuição como se lhes fosse concedido um favor, e não como parte da rede de proteção social do Estado, criada e mantida justamente para amparar os segurados.

Diante disso, e considerando ainda que parte do problema que vive a Previdência Social hoje é um problema de cultura dos servidores e operadores do direito, que insistem em transformar o INSS em um inimigo do segurado e não em uma estrutura para sua proteção social, damos nossa singela contribuição à mudança de tal cultura abandonando a expressão “período de graça” e utilizando, por falta de outra melhor, “manutenção da qualidade de segurado independentemente de contribuições”, a despeito de ser longa e dificultar a articulação das frases.

3.1.2. A carência

A carência é o requisito exigido para a concessão de benefícios que implementa, nessa vertente do sistema previdenciário, a determinação constitucional de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial. Sua previsão legal encontra-se no artigo 24 da Lei nº 8.213/91:

Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.¹⁷⁷

¹⁷⁷ BRASIL. Lei nº 8.213, 1991, artigo 24.

A intenção que informa a instituição da carência é evitar que segurados filiem-se ao regime já em situação de contingência geradora de necessidade social, como, por exemplo, a grávida que se filiasse ao regime dias antes do parto ou o idoso que o fizesse dias antes de completar a idade exigida para a aposentadoria por idade.

A lógica por trás dessa intenção consiste no argumento segundo o qual o ingresso de tais pessoas em grande quantidade levaria o sistema ao colapso, em função do excesso de pessoas gozando de benefícios sem jamais terem contribuído para o regime. Essa lógica é questionável por dois motivos.

Em primeiro lugar, afirmar que a ausência de carência levaria o sistema ao colapso é organizar o sistema em torno da presunção de má-fé dos segurados, o que, evidentemente, afigura-se inaceitável em nosso regime constitucional. Se até criminosos confessos gozam de presunção de inocência, atribuída pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, não faz o menor sentido presumir a culpa dos segurados da Previdência Social, destinatários de todo um sistema constitucional de proteção social e, pior, organizar o sistema de previdência em torno de tal presunção.

Já há décadas que os bravos pioneiros do Direito Previdenciário brasileiro tentam em vão modificar esse consenso em torno da presunção de má-fé dos segurados da Previdência Social. Sustentou-se, inclusive, ainda na legislação anterior, menos protetiva, a desnecessidade de observância da carência quando não houvesse má-fé por parte do segurado na ocasião da filiação. Veja-se, a esse respeito, o seguinte excerto da obra de Mozart Victor Russomano:

Revela-se nessa exigência, ainda uma vez, o cuidado do INPS em impedir filiações fraudulentas de enfermos que o procuram de má-fé. Insistimos, porém, que, se não houver má-fé, será rigor excessivo negar-se ao segurado o benefício resultante de sua enfermidade.¹⁷⁸

Por outro lado, o argumento do colapso do sistema traz à baila a eterna discussão acerca da existência ou não de um déficit na Previdência Social, cuja pertinência na seara jurídica já foi afastada no capítulo 2, acima. Em função disso, não estamos na sede adequada para debruçarmo-nos sobre o problema com a profundidade merecida, já que o assunto, por si só, poderia ser objeto de uma dissertação inteira, ou mesmo de uma tese.

¹⁷⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 204.

Entretanto, por se tratar de questão relevante para o assunto que estamos tratando, convém registrar de forma fundamentada, ainda que brevemente, nossa opinião, o que será feito de maneira mais específica e direcionada do que se fez alhures, evitando-se a repetição desnecessária.

Existem excelentes argumentos econômicos e contábeis para justificar tanto a existência de déficit quanto de superávit.¹⁷⁹ Essa riquíssima discussão não pode, todavia, ser objeto de nossas preocupações, justamente por dizer respeito à economia e às ciências contábeis, e não ao direito. O que deve preocupar ao jurista é outra pergunta: a Previdência Social precisa evitar o déficit, caso o mesmo exista?

E a resposta a tal pergunta, a nosso ver, como já dito, é negativa. Em primeiro lugar, porque o sistema previdenciário é um sistema de solidariedade social, e não de lucro ou de perfeito fluxo de caixa. Diante do princípio da solidariedade, que ilumina todo o sistema previdenciário, fica sem sentido argumentar, por exemplo, que é nocivo ao sistema que as mulheres nele ingressem durante sua gestação. Se a gestante passa a desenvolver atividade autônoma de filiação obrigatória¹⁸⁰, nada mais lógico do que todos os participantes do sistema, solidariamente, contribuam para sua manutenção durante o período de gozo do salário-maternidade, até porque, estando a mesma em exercício de atividade laborativa, diz a lógica que, voltando a trabalhar, a mesma continuará no sistema aportando suas contribuições para o regime em seu próprio benefício, no futuro, e solidariamente em benefício dos demais segurados.

Além disso, é a própria Constituição Federal que determina que a Seguridade Social como um todo, e não apenas a Previdência Social, não deve necessariamente apresentar liquidez e solvabilidade, por meio de seu artigo 195, transcrito quando naquela oportunidade do capítulo 2 se abordou com mais vagar o tema.

Não bastasse o fato de ficar claro, no dispositivo, que os orçamentos dos entes federados têm a obrigação de destinar recursos à Seguridade Social, a forma em que ele está redigido permite concluir até mesmo que seja dada precedência aos recursos orçamentários sobre os provenientes das contribuições sociais, isto é, que as contribuições sociais constituem complemento dos recursos orçamentários destinados à Seguridade Social.

¹⁷⁹ Por ser a posição menos comum, indicamos aqui excelente estudo, publicado anualmente pela Associação dos Fiscais da Previdência – ANFIP, apontando o superávit da Seguridade Social. O estudo mais recente, relativo ao ano de 2006, é aquele que foi referido na nota 8, acima.

¹⁸⁰ É que, salutarmente, não se exige carência para a concessão de salário-maternidade à segurada empregada.

Desvendada a lógica que move a instituição da carência, observamos que algumas de suas modalidades são previstas apenas pelo prazo suficiente para obstar a possibilidade de ingresso no sistema já em situação de contingência para o recebimento de benefício, como a do salário-maternidade, que acompanha o prazo da gestação, e a do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez; outras, por sua vez, têm o único escopo de manter o segurado no regime por tempo suficiente para que a concessão do benefício não cause desequilíbrio atuarial, como as carências das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, fixadas em prazo equivalente a quinze anos; por fim, há os benefícios que independem de carência.

Os casos em que há dispensa de carência são os que permitem concluir com maior segurança que o sistema é informado conforme a lógica da má-fé, acima descrita. Como se viu, a carência serve para impedir os segurados de ingressarem no sistema já em situação de contingência a merecer cobertura social, com base na idéia de que, tendo a oportunidade, todo segurado tentaria utilizar-se do sistema em benefício próprio, demonstrando sua má-fé. Algumas contingências, entretanto, são absolutamente imprevistas, o que impediria que um segurado ingressasse no sistema já em situação de contingência social. Com efeito, é inconcebível que um segurado ingresse no sistema planejando morrer, ser preso, ou sofrer um acidente. Por esse motivo, a carência é dispensada em todos os casos em que a contingência é imprevista, como ocorre nos benefícios de pensão por morte, auxílio-reclusão e nos benefícios desencadeados por acidentes de qualquer natureza.

Os benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez possuem carência de doze meses, nos termos do artigo 25, I, da Lei nº 8.213/91. Tal prazo a nosso ver, pertence ao primeiro grupo acima referido, isto é, trata-se de prazo destinado a impedir o ingresso no sistema de segurados que já estejam em situação de contingência. Tais benefícios, entretanto, poderão ser dispensados de carência nas hipóteses previstas no artigo 26. O primeiro grupo de hipóteses refere-se à contingência oriunda de acidente de qualquer natureza. Como já se disse acima, os acidentes desencadeiam contingências imprevistas, circunstância essa que afasta a presunção de má-fé imposta aos segurados pelo sistema. Equiparam-se aos casos de acidentes de qualquer natureza, para esse fim, as doenças profissionais e do trabalho.

Um segundo grupo de casos de dispensa da carência é organizado em torno da espécie de doença que acomete o segurado. O inciso II do artigo 26 da Lei nº 8.213/91

determina que os Ministérios da Saúde, do Trabalho e da Previdência elaborem, conjuntamente e a cada três anos, uma lista de enfermidades para as quais a carência não é exigida, “de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado”¹⁸¹. Aparentemente, o que houve aqui foi uma preocupação humanitária do legislador, que selecionou casos em que, a despeito de entender aplicável seu raciocínio a respeito da carência como seguro contra má-fé, havia uma especial condição da enfermidade que tornaria desumano deixar o segurado ao desamparo.

Já prevendo uma possível mora na elaboração da lista em questão, a própria Lei nº 8.213/91 previu uma lista provisória, veiculada pelo artigo 151 com a seguinte redação:

Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida – AIDS; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.¹⁸²

Como era esperado, o artigo de caráter provisório viveu durante dez anos, até que, finalmente, foi editada a Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2998, em 23 de agosto de 2001, regulamentando a matéria. Tal norma repetiu todas as doenças constantes da lista do artigo 151, limitando-se a incluir a hepatopatia grave na lista já em vigor. Como era de se esperar, não se editou uma nova portaria três anos depois, conforme a determinação legal, de modo que a portaria em questão é aplicada até hoje.

Há outra regra a respeito da carência que é particularmente relevante no estudo dos benefícios por incapacidade. Trata-se da previsão do parágrafo único do artigo 24, que regula a situação dos segurados que, após perderem tal qualidade, nas formas já tratadas na seção anterior, voltam a se filiar ao regime. Estabelece o dispositivo em questão que as contribuições efetuadas na filiação anterior somente serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, na nova filiação, com um terço da carência exigida

¹⁸¹ BRASIL. Lei nº 8.213, 1991, artigo 26.

¹⁸² Idem, artigo 151.

para o benefício que pretende requerer. Em outros termos, o segurado que vier a perder essa qualidade e filiar-se novamente, terá que recolher no mínimo quatro contribuições para que suas contribuições anteriores sejam computadas para efeitos de aferir a carência em benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Embora não pareça muito interessante nesse momento, voltaremos a esse assunto no quinto capítulo, quando tratarmos da Medida Provisória nº 242/2005.

3.1.3. A incapacidade em suas diversas formas

3.1.3.1. A concretização legal da contingência constitucionalmente eleita: a relação entre doença, invalidez e incapacidade e a centralidade do trabalho como categoria sócio-jurídica

Continuando na lógica que vem sendo adotada até aqui, o terceiro requisito dos benefícios por incapacidade consiste na verificação da efetiva existência da contingência constitucionalmente eleita como apta a desencadear o direito ao benefício. Como já se observou em outras oportunidades ao longo do trabalho, a constituição elegeu para cobertura, no inciso I do artigo 201, as contingências “doença” e “invalidez”, associadas, respectivamente, aos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Qual seria, então, o motivo para que tais benefícios sejam chamados de benefícios por incapacidade, sendo que a Constituição Federal sequer toca nesse termo e o mesmo não guarda qualquer relação com as denominações dos benefícios?

Iniciemos nossas ponderações buscando pistas na semântica das palavras, evidentemente sem a pretensão de efetuar pesquisas filológicas aprofundadas.

Registra o Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete:

Doença, s.f. Falta da saúde, desarranjo no organismo, alteração, perturbação das funções orgânicas; moléstia, enfermidade.¹⁸³

Invalidez, s.f. Caráter ou estado do inválido.¹⁸⁴

¹⁸³ AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Volume II, 5ª edição, Rio de Janeiro: Delta, 1964, p. 1272.

¹⁸⁴ AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Volume III, 5ª edição, Rio de Janeiro: Delta, 1964, p. 2223.